

VU Research Portal

Case note: Hof Den Bosch (De omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid)

Van, A.J.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Van, A. J., (2009). *Case note: Hof Den Bosch (De omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid)*, Mar 10, 2009. (Letsel & Schade; Vol. 2009, No. nr. 2).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

wijtbaar foutief” handelen door R op 3 april 2002 op de SEH van het AMC. Nu die voorwaarde niet is ingetreden kan het incidenteel appel buiten behandeling blijven.

3. Slotsom en kosten

De grieven 1 en 2 in het principaal appel falen; grief 3 slaagt. De voorwaarde waaronder het incidenteel appel is ingesteld is niet vervuld, zodat dit appel geen behandeling behoeft. Het aanvullend vonnis zal worden vernietigd, het verzoek van het AMC tot herstel en aanvulling zal alsnog worden afgewezen en het oorspronkelijke vonnis zal worden bekrachtigd. A zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het principaal appel worden veroordeeld.

4. Beslissing

Het hof:

In het principaal appel

vernietigt het aanvullend vonnis van de rechtbank van 24 januari 2007 en wijst het verzoek tot herstel en aanvulling van AMC van 23 november 2006 alsnog af; bekrachtigt het vonnis van de rechtbank van 15 november 2006;

verwijst A in de proceskosten van het hoger beroep en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van het AMC gevallen, op € 300,- voor verschotten en op € 894,- voor salaris van de advocaat, beide bedragen te betalen binnen 14 dagen na heden;

verklaart dit arrest ten aanzien van voormelde kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad. (*enz., red. Geen cassatie ingesteld.*)

| 111 | Noot

De neurochirurg die voor het AMC rapporteerde pakt de beoordeling grondig aan: hij laat zich niet alleen uit over het causaal verband, maar stelt ook ronduit dat er helemaal geen normschending door de arts-assistent heeft plaatsgevonden. De symptomen die het vermoeden op zenuwuitval of lateralisatie konden doen rijzen, ontstonden pas de volgende dag en deden de behandelend huisarts toen besluiten de vrouw naar het VUmc in te sturen. Die opinie van de neurochirurg werd niet gedeeld door de neuroloog die voor de vrouw rapporteerde en ook niet door de voorlopig deskundige, anesthesioloog. Die vonden dat de arts-assistent een neuroloog in consult had moeten roepen. Wat vindt het hof ervan? Het hof plaatst de afwijzing van de vordering in een geheel causale sleutel, en wil “veronderstellenderwijs” wel aannemen dat de arts-assistent een beroepsfout heeft gemaakt. Het hof slaat daarmee het meest basale onderzoek bij onrechtmatige daad, namelijk of er sprake is van een normschending, bestaande uit onvolledige anamnese en niet in consult roepen van een neuroloog, feitelijk over. Als het hof wel een inhoudelijke beoordeling had willen geven van de handelwijze van de arts-assistent had dit re-

ferenties opgeleverd voor de beoordeling van toekomstige casus, die ongetwijfeld komen zullen. Het gebeurt nogal eens dat een hyperventilatie een huisarts of arts-assistent op het verkeerde been zet: denk ook aan “pijn op de borst”. Bij hyperventilatie wordt kennelijk nogal eens gedacht aan paniek zonder reden, maar soms heeft paniek wel een reden, zoals ook in casu. Met de aantekening dat dit natuurlijk wijsheid achteraf is.

Men kan zich wel inleven in de stelling van de eisende partij dat het in een ziekenhuis een kleine moeite is bij zenuwtintelingen even de neuroloog in consult te roepen, vandaar wellicht het “veronderstellenderwijs” van het hof. Maar het inroepen van een consult van een neuroloog had mevrouw volgens de de voorlopig deskundige-anesthesioloog en de neurochirurg niet kunnen baten aangezien een meervoudige hernia kennelijk niet operatief verholpen kan worden zonder zeer grote risico's. Maar ook bij een niet-medicus als ondergetekende rijst dan de vraag of geen andere behandelingen toegepast hadden kunnen worden, als de meervoudige hernia een dag eerder was geconstateerd. Sedatie wellicht? Bloeddrukverlaging?

Voor alle drie de deskundigen geldt dat zij zich niet willen uitspreken over de vraag, hoe groot de kans is dat de schade niet was ingetreden als de arts-assistent wel een neuroloog in consult was geroepen. Het is zeer toe te juichen dat deskundigen zich niet door een vraagstelling laten verleiden tot het doen van uitspraken die ze niet kunnen verantwoorden. Het maakt het voor ons juristen dan wel moeilijker dit soort casus via het leerstuk van de gemiste kans te benaderen. Maar dat is ons probleem.

Clemens Roijackers.

| 112 | Hof Den Bosch 10 maart 2009

(mrs. Huijbers-Koopman, Keizer en Giesen; LJN BH5919, zaaknr. HD 103.006.073)

Medische beroepsfout. Kennis arts van vakliteratuur, gebruikelijke praktijk. Omkeringsregel. Verhouding deskundige en rechter.

Een patiënt wordt onder bloedleegte aan de knie geopereerd. Om die bloedleegte mogelijk te maken wordt het bovenbeen dichtgesnoerd met een tourniquet. De operateur schrijft in zijn verslag dat hij de "normale" druk van 400 mm. kwikdruk hanteert voor de tourniquet. De gebruikte tourniquet levert echter bij de markering "been" een kwikdruk van 450 mm. en het hof gaat daar verder van uit. Er ontwikkelt zich een laesie van de nervus femoralis die leidt tot blijvende schade. De deskundige rapporteert dat ten tijde van de operatie in de vakliteratuur algemeen een druk van maximaal 250 mm. kwikdruk en nog wel lagere waarden als voldoende werden beschouwd. Maar ten tijde van de operatie was het in Nederland gebruikelijk een hogere waarde te hanteren, en dus acht de deskundige de handelwijze van de orthopeed niet onzorgvuldig. Het hof denkt er anders over: de omstandig-

heid dat collega's hun werkzaamheden op de oude voet blijven voortzetten, ondanks het feit dat sprake is van nieuwe ontwikkelingen op het vakgebied, betekent niet dat die nieuwe ontwikkelingen niet behoren te worden gevolgd door een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot.

Gezien de consistente opvatting in de vakliteratuur had de orthopeed kunnen volstaan met een lagere kwikdruk, en de orthopeed heeft onzorgvuldig gehandeld door dit na te laten. Het hof volgt de deskundige in diens oordeel dat het waarschijnlijk is dat de hoge druk de drukneuropathie heeft veroorzaakt.

De stelling van het ziekenhuis dat de patiënt moet bewijzen dat de drukneuropathie is veroorzaakt door het feit dat de toegepaste druk hoger was dan de druk voorgeschreven in de vakliteratuur wordt gepasseerd met een beroep op de omkeringsregel. De norm in de vakliteratuur om niet een te hoge druk te hanteren is mede gebaseerd op het gegeven dat naarmate de druk hoger is, de kans op zenuwletsel toeneemt. Deze norm strekt ertoe bepaalde specifieke gevaren, waaronder het gevaar van compressieschade aan de zenuwen, zoveel mogelijk te voorkomen. In casu is die (veiligheids)norm door het gebruik van een te hoge druk overtreden, waardoor een verhoogd risico voor zenuwletsel in het leven is geroepen en heeft dit specifieke gevaar (zenuwletsel) zich gerealiseerd. Daarmee is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel. Op grond van die regel moet worden aangenomen dat sprake is van causaal verband tussen het hanteren van de bovenmatige druk van 450 mm Hg en het ontstaan van de zenuwlaesie (en moet dus worden aangenomen dat de laesie niet zou zijn ontstaan indien een geadviseerde druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd), tenzij het ziekenhuis bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de zenuwlaesie ook zou zijn ontstaan indien slechts een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd. Het bewijs dat het ziekenhuis op dit punt al heeft overgelegd acht het hof te mager om aan te nemen dat het ziekenhuis in staat zal zijn tot nader aanvullend bewijs. De vordering van de patiënt wordt toegewezen.

X, wonende te (...), appellante, hierna aan te duiden als X, advocaat: mr. M.F. Hartman, tegen:
Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis, gevestigd te (...), geïntimeerde, hierna aan te duiden als JBZ, advocaat: mr. K. Mous. (...)

4. De beoordeling

4.1.1. In de overwegingen 2.1 tot en met 2.14 van het tussenvonnissen van 19 juli 2006 heeft de rechtbank enkele feiten vastgesteld. Die vaststelling van feiten is in hoger beroep door geen van partijen bestreden. In hoger beroep kan dus ook van die feiten worden uitgegaan.

4.1.2. Het gaat in deze zaak, kort samengevat, om het volgende.

X, geboren op (...) heeft wegens knieklachten in 1996 orthopedisch chirurg dr. Y, praktijkhoudend in het JBZ, geconsulteerd.

In 1997 was sprake van toegenomen klachten aan de rechterknie. In verband daarmee is X op 1 mei 1997 door dr. Y geopereerd aan haar rechterknie.

De operatie vondt plaats onder “bloedleegte”, hetgeen betekent dat er een bloedleegteband (tourniquet) om het rechter- bovenbeen van X werd geplaatst, zodat er geen bloed in het operatiegebied zou komen. De operatie duurde een uur.

X is op 5 mei 1997 uit het ziekenhuis ontslagen. Zij heeft gedurende zes weken na de operatie een gipskoker gedragen. Na verwijdering van het gips bleek dat sprake was van een forse atrofie van de quadriceps aan de rechterzijde, en dat X haar rechterknie niet goed kon gebruiken. Fysiotherapie en een nieuwe operatie eind september 1997 hadden geen effect.

X is vanwege de aanhoudende klachten onderzocht door neuroloog Z. Z heeft in zijn brief van 29 december 1997 geconcludeerd dat sprake is van “een ernstige N. femoralislaesie rechterbovenbeen, waarschijnlijk als gevolg van drukneuropathie door bloedleegteband tijdens de operatie.”

Dr. Y heeft bij brief van 17 april 1998 aan de raad van bestuur van (de rechtsvoorganger van) JBZ onder meer het volgende meegedeeld:

“Samenvattend betreft het een patiënte die op 1.5.97 werd geopereerd (...). Achteraf bekeken is er tijdens de operatie een complicatie opgetreden in de vorm van een drukneuropathie van de nervus femoralis door de bloedleegteband. De bloedleegteband heeft gedurende de operatie die 1 uur heeft geduurd opgepompt gezeten tot de normale druk van rond de 400. Helaas moeten we vaststellen dat dit voor de nervus femoralis van patiënte teveel is geweest waardoor er een drukneuropathie is opgetreden.”

De partijen hebben in onderling overleg besloten om een expertiserapport te laten uitbrengen door anesthesioloog prof. dr. Booij (hierna: Booij). Booij heeft op 14 augustus 1999 zijn rapport uitgebracht.

In dit rapport concludeert Booij onder meer dat sprake is van geobjectiveerd en blijvend functieverlies van de nervus femoralis en dat X daardoor beperkingen ondervindt.

Op de aan hem voorgelegde vraag 2 (de vraag of sprake is geweest van onzorgvuldigheid of ondeskundigheid bij de operatie van 1 mei 1997) heeft Booij onder meer het volgende geantwoord:

“(.) Gesteld moet worden dat indien de druk van de pneumatische tourniquet inderdaad 400 mm HG was zoals is aangegeven door de orthopedisch chirurg, dit wel erg hoog was. Het is dan aannemelijk dat de laesies van de betrokken zenuw hierdoor werd veroorzaakt. In de literatuur wordt in het algemeen een druk van 200-250 mm Hg als voldoende aangegeven om bloedleegte te garanderen mits de vorm en breedte van de tourniquet adequaat zijn. In de praktijk, ook in Nederland, is

het echter gebruikelijk om voor het been een druk van 400-450 mm Hg toe te passen (.). Er is naar mijn mening daarom geen sprake van onzorgvuldigheid ten aanzien van de toegepaste hoge druk (.).

Bovenaan blz. 11 van zijn rapport heeft Booij voorts geschreven

"Er is zoals hierboven uiteengezet m.i. geen sprake van tekortkomingen in de uitgevoerde behandelingen hoewel de opgetreden disfunctie met grote waarschijnlijkheid wel door deze behandeling is veroorzaakt."

Bij brief van 15 november 1999 heeft dr. Y aan het bestuur van (de rechtsvoorganger van) JBZ onder meer meegedeeld:

"Tot deze complicatie bij patiënte ontstond, was het op de afdeling orthopaedie van het Bosch Medicentrum gebruikelijk bij bloedleegte van een been een druk te hanteren van 400 tot 450 mm Hg. Na deze complicatie hebben wij de druk teruggebracht tot 325 mm Hg bij het been (.)."

Bij brief van 7 juni 2000 heeft Centramed, de aansprakelijkheidsverzekeraar van JBZ, onder meer het volgende meegedeeld aan de toenmalig raadsman van X:

"In Campbell's Operative Orthopaedics (uitgave 1976), wat de bijbel voor de orthopaedie schijnt te zijn, staat dat de aanbevolen druk rondom het bovenbeen 500 mm kwik bedraagt. In het onderhavige geval werd gebruikt een zg. pneumatische schlauch die een markering "been" had bij 450 mmHg. (.)

Overigens geeft de behandelend specialist te kennen dat het de laatste jaren pas duidelijk is geworden dat de in de praktijk gehanteerde drukwaarden aan de hoge kant waren. Men heeft toen inderdaad op eigen initiatief een reductie toegepast."

Ten tijde van de operatie van X was de meest recente versie van "Campbell's Operative Orthopaedics" de achtste editie uit 1992.

Bij brief van 18 juni 2005 heeft anesthesioloog dr. A aan de toenmalig raadsman van X onder meer het volgende meegedeeld:

"In 1997 golden er geen richtlijnen voor het gebruik van bloedleegte in Nederland. (.)

Een druk van 100 mm Hg boven de systolische bloeddruk van de patiënt was gebruikelijk.

Een druk van 450 mm Hg voor het been was volgens de literatuur niet noodzakelijk en niet algemeen gebruikelijk."

4.2.1. In de onderhavige procedure vordert X, kort gezegd en voor zover in hoger beroep nog van belang, veroordeling van JBZ tot betaling van schadevergoeding aan X, op te maken bij staat, voor de schade die X heeft geleden en nog zal lijden ten gevolge van het volgens X medisch foutief handelen bij de operatie van 1 mei 1997.

4.2.2. Aan deze vordering heeft X de stelling ten grondslag gelegd dat dr. Y niet als een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts heeft gehandeld door bij de operatie van 1 mei 1997 bij de bloedleegteband een druk van 450 mm Hg te hanteren.

Volgens X had dr. Y een lagere druk moeten hanteren, te weten:

de systolische druk (120 bij X) vermeerderd met 40-50 mm Hg (aldus X in de inleidende dagvaarding) althans

vermeerderd met 100 mm Hg (aldus X bij pleitnota in hoger beroep), of: maximaal 250 mm Hg.

Volgens X zou, indien een dergelijke druk zou zijn gehanteerd, de kans op zenuwletsel zo klein zijn geweest dat aannemelijk is dat er dan geen nervus femoralis laesie zou zijn opgetreden.

X houdt JBZ op grond van artikel 7:462 BW aansprakelijk voor de door haar geleden schade.

4.2.3. JBZ heeft meerdere verweren gevoerd. Het hof zal in het navolgende op die verweren, voor zover in hoger beroep van belang, ingaan.

4.3.1. In het tussenvonnis van 22 maart 2006 heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast.

4.3.2. In het tussenvonnis van 19 juli 2006 heeft de rechtbank geoordeeld dat de vordering van X jegens de in eerste aanleg naast JBZ gedagvaarde dr. Y verjaard is en dus niet toewijsbaar is.

Ter verdere beoordeling van de vordering jegens JBZ heeft de rechtbank X opgedragen een aanvullend deskundigenrapport van Booij in het geding te brengen waarin antwoord wordt gegeven op de in r.o. 4.17 van dat vonnis geformuleerde vragen.

4.3.3. In het eindvonnis van 11 juli 2007 heeft de rechtbank geconcludeerd, zakelijk weergegeven, dat niet is komen vast te staan dat het door dr. Y bij de uitvoering van de operatie ten aanzien van de bloedleegteband hanteren van een druk van 450 mm Hg als onzorgvuldig en ondeskundig is aan te merken. Op grond daarvan heeft de rechtbank geoordeeld dat de vordering jegens JBZ niet toewijsbaar is.

De rechtbank heeft de vordering van X afgewezen en X in de proceskosten veroordeeld.

4.4. X heeft geen grieven gericht tegen de tussenvonnissen van 22 maart 2006 en 19 juli 2006.

Het hof zal X daarom niet-ontvankelijk verklaren in haar hoger beroep, voor zover gericht tegen deze tussenvonnissen.

4.5.1. Het hof zal de zes grieven van X – alle gericht tegen het eindvonnis – gezamenlijk behandelen.

Door middel van deze grieven bestrijdt X het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat dr. Y onzorgvuldig en ondeskundig gehandeld heeft.

X herhaalt in de toelichting op deze grieven haar standpunt dat dr. Y bij de operatie van 1 mei 1997 bij de bloedleegteband een aanzienlijk te hoge druk van 450 mm Hg heeft gehanteerd en dusdoende niet heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg.

4.5.2. Naar het oordeel van het hof staat als onvoldoende weersproken vast dat de bloedleegteband tijdens de operatie is opgepompt tot de markering "been", die op de drukmeter was aangebracht bij 450 mm Hg. X heeft in eerste aanleg gesteld dat wellicht een hogere druk is gehanteerd, maar zij heeft die stelling in hoger beroep uitdrukkelijk prijsgegeven door als vaststaand aan te

nemen dat een druk van 450 mm Hg is gebruikt (pleitnota, punt 5). JBZ heeft gesteld dat wellicht een wat lagere druk is gehanteerd, maar die stelling is niet onderbouwd en bovendien in strijd met het gestelde in de brieven van dr. Y van 26 april 2000 (prod. 3 bij inl. dagv.) en van 11 december 2000 (prod. 2 bij inl. dagv.).

4.5.3. Bij beantwoording van de vraag of deze druk van 450 mm HG in het onderhavige geval in 1997 door een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg mocht worden gehanteerd, is mede van belang wat destijds uit de medische vakliteratuur en meer in het bijzonder uit de orthopedische vakliteratuur bekend was over de bij toepassing van bloedleegtebanden te hanteren druk.

Beide partijen hebben daarop betrekking hebbende tijdschriftartikelen in het geding gebracht.

X heeft onder verwijzing naar die artikelen gesteld dat in 1997 al jarenlang bekend was dat aan het hanteren van een te hoge druk risico's verbonden waren en dat om die reden volstaan zou moeten worden met een druk van 100 tot 150 mm HG boven de systolische druk van de patiënt danwel met een druk van maximaal 250 tot 300 mm Hg.

JBZ heeft gewezen op bepaalde tijdschriftartikelen waaruit volgens haar af te leiden is dat in 1997 geen consensus bestond over de toe te passen druk en dat veelal nog een druk van omstreeks 400 mm Hg werd toegepast.

4.5.4. Het hof gaat er op grond van de stellingen van partijen van uit dat het boek "Campbell's Operative Orthopaedics", dat in brieven van dr. Y en van de aansprakelijkheidsverzekeraar van JBZ is aangeduid als "de bijbel voor de orthopaedie", een goed beeld geeft van de stand van de discussie in de vakbladen omtrent de bij bloedleegtebanden te hanteren druk. Tussen partijen staat vast dat de achtste editie uit 1992 ten tijde van de operatie van X de meest recente editie van dit boek was. Op de pagina's 3 en 4 van deel 1 van deze editie staat over het gebruik van tourniquets bij operaties aan ledematen, vrij vertaald, onder meer het volgende.

De chirurg en het personeel van de operatiekamer moeten zich realiseren dat een tourniquet een gevaarlijk instrument is dat zorgvuldig moet worden gebruikt.

De exacte druk tot welke een tourniquet moet worden opgepompt is niet vastgesteld.

Gedurende vele jaren zijn drukken toegepast die hoger lagen dan noodzakelijk.

De juiste druk hangt enigszins af van de leeftijd van de patiënt, zijn bloeddruk, en de omvang van het te opereren ledemaat.

Op de genoemde pagina's wordt vervolgens melding gemaakt van:

een onderzoek van Reid, Camp en Jacob waarin geconcludeerd werd dat een druk van 175 tot 305 mm Hg voor de benen voldoende was om bloedleegte in stand te houden;

aanbevelingen van Estersohn en Sourifman, strekkende tot het toepassen van een druk van 90 tot 100 mm Hg boven de preoperatieve systolische armbloeddruk van de patiënt voor het been, hetgeen neerkomt op een gemiddelde tourniquetdruk van 210 mm Hg;

aanbevelingen van anderen, strekkende toe het toepassen van een druk van 100 tot 150 mm Hg boven de systolische bloeddruk voor operaties aan het been.

Onderaan blz. 4 staat voorts dat bij toepassing van excessieve druk verlamming (zenuwbeschadiging) kan optreden.

4.5.5. Het voorgaande wijst er naar het oordeel van het hof op dat bij operaties aan het been normaal gesproken bloedleegte kan worden bereikt door bij de bloedleegteband een druk van 200 tot 300 mm Hg toe te passen en dat aan het hanteren van te hoge drukken risico's verbonden zijn.

Uit het rapport van de door partijen ingeschakelde deskundige Booij van 14 augustus 1999 komt hetzelfde beeld naar voren. Booij schrijft op blz. 6 onder meer "Dat tourniquets schade kunnen veroorzaken is ruim in de literatuur beschreven en kan dus als een voor orthopedisch chirurgen (.) bekend feit worden aangemerkt."

Op blz. 7 schrijft Booij: "In het algemeen wordt aangenomen dat de maximale tourniquet duur 2 uur mag zijn en de maximale druk 200-250 mm Hg (afhankelijk van de systolische bloeddruk)."

Op diezelfde bladzijde schrijft Booij "Des te hoger de druk is, des te meer de kans op compressieschade van zenuwen."

4.5.6. Dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg in 1997 verwacht mocht worden dat hij met het voorgaande bekend was, is door Booij gesteld op bladzijde 6 van zijn rapport van 14 augustus 1999 en expliciet herhaald in zijn aanvullend rapport van 21 september 2006. Booij heeft in het aanvullend rapport onder meer het volgende geschreven:

"In de loop der jaren, ook voor 1997 (.), zijn er vele artikelen in de vakliteratuur verschenen over letsels als gevolg van het gebruik van tourniquets bij operaties. Beschadigingen van zenuwen (.) als gevolg van het aanleggen van een tourniquet is al heel lang bekend en werd in vaktijdschriften van vele medische disciplines, inclusief orthopedie (.) gepubliceerd. Aangenomen mag worden dat ook een orthopedisch chirurg van deze literatuur op de hoogte is omdat publikatie ook in de specifieke orthopedische literatuur heeft plaatsgevonden. (.) De conclusie moet derhalve zijn dat de orthopedisch chirurg van de discussie over de hoogte van druk en de mogelijke complicaties daarvan kennis moet hebben genomen."

4.5.7. Bij brief van 14 november 2006 heeft Booij in antwoord op een aanvullende vraag nog onder meer het volgende meegedeeld

"Er bestond in 1997 voldoende literatuur die aantoonde dat lagere tourniquetdrukken van omstreeks 250 mm Hg voor toepassing rond het bovenbeen, aan te bevelen is en dat daarbij minder complicaties optreden dan bij toepassing van hogere

drukken. (.) In het algemeen werd daarom voor bloedleegte van het been aanbevolen een druk van 250 mm Hg (.) In strikte zin genomen is derhalve nagelaten een lage druk toe te passen."

4.5.8. Het voorgaande duidt er naar het oordeel van het hof op dat dr. Y in strijd met de toenmalige stand van de medische wetenschap, waarmee hij bekend behoorde te zijn, een te hoge druk bij de bloedleegteband heeft gehanteerd, waardoor de kans op het ontstaan van zenuwletsel is vergroot. Dat JBZ ook enkele tijdschriftartikelen heeft genoemd waarin toepassing van een druk van 300 tot 400 mm Hg wordt beschreven, voert niet tot een ander oordeel. Deels gaat het hier om gebruik dat dateert van vóór 1990, derhalve vóór het verschijnen van de achtste editie van Campbell's Operative Orthopaedics. Voor het overige geldt dat JBZ niet gemotiveerd heeft betwist dat de genoemde achtste editie van Campbell's Operative Orthopaedics en de rapporten en brieven van Booij een juist beeld geven van de heersende mening in de ruimschoots beschikbare internationale vakliteratuur. Dat af en toe een ander gebruik werd beschreven, doet niet af aan de strekking van de genoemde vakliteratuur.

4.5.9. Door JBZ zijn enkele argumenten aangevoerd op grond waarvan het naar haar mening desondanks niet onzorgvuldig kan worden geacht dat dr. Y in 1997 een druk heeft toegepast die aanzienlijk hoger lag dan in de vakliteratuur werd aanbevolen.

Het hof zal deze argumenten hieronder bespreken.

4.5.10. Het hof verwierpt het argument van het JBZ dat het in 1997 nog in veel ziekenhuizen gebruikelijk was om een druk van omstreeks 400 tot 450 mm Hg te hanteren. Indien deze stelling over een bij veel ziekenhuizen bestaand gebruik al juist zou zijn (wat door Booij wordt vermeld maar door X gemotiveerd is betwist), brengt het enkele feit dat een bepaalde praktijk nog op veel plaatsen wordt gevolgd niet mee dat die praktijk dus niet onzorgvuldig is. De omstandigheid dat collega's hun werkzaamheden op de oude voet blijven voortzetten, ondanks het feit dat sprake is van nieuwe ontwikkelingen op het vakgebied, betekent niet dat die nieuwe ontwikkelingen niet behoren te worden gevolgd door een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. Om deze reden volgt het hof ook niet de eindconclusie van Booij dat dr. Y niet onzorgvuldig gehandeld heeft. Die conclusie van Booij is kennelijk met name gebaseerd op hetgeen volgens hem in 1997 gebruikelijk was en niet zozeer op hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg, mede gelet op de stand van de vakliteratuur, mocht worden verwacht.

4.5.11. Door JBZ is ter rechtvaardiging van de door dr. Y toegepaste hoge druk ook gewezen op het belang van een schoon operatiegebied. Indien de bloedleegteband door het hanteren van een te lage druk niet goed zou functioneren en daardoor bloed in het operatiegebied

zou komen, geeft dat problemen die de patiënt kunnen schaden en die voorkomen moeten worden, aldus JBZ. Naar het oordeel van het hof miskent JBZ met dit betoog dat volgens de deskundige Booij en volgens de editie uit 1992 van Campbell's Operative Orthopaedics een druk van omstreeks 250 mm Hg tot hooguit 300 mm Hg normaal gesproken (behalve bijvoorbeeld bij gespierde topsporters, tot welke categorie X niet behoort) toereikend is om bloedleegte te bereiken. JBZ heeft geen enkel concreet voorval gemeld waaruit opgemaakt zou kunnen worden dat een dergelijke druk niet toereikend is om op adequate wijze bloedleegte te bewerkstelligen en te handhaven. Het hof merkt in dit verband ook op dat JBZ heeft meegedeeld dat JBZ zelf na het voorval met X de druk bij operaties aan het been heeft verlaagd tot 325 mm Hg. Deze druk is kennelijk gedurende de sedertdien verstreken jaren toereikend gebleken om bloedleegte te handhaven. Dat zich binnen JBZ sinds deze verlaging ooit problemen hebben voorgedaan met een gebrekkige bloedleegte is door JBZ niet gesteld. Het hof concludeert dat er in 1997, mede gelet op de stand van de orthopedische vakliteratuur, geen goede redenen waren om vanuit het belang van bloedleegte de gebruikelijke druk bij operaties aan het been te handhaven op 450 mm Hg.

4.5.12. JBZ heeft ook nog aangevoerd dat de complicatie die nu bij X is opgetreden – een drukleesie van de zenuw als gevolg van de druk van het tourniquet – uitermate zeldzaam is. Volgens JBZ was het mede daarom niet geïndiceerd om – nadat in de vakliteratuur stemmen opgingen voor het hanteren van een lagere tourniquetdruk – aanstonds tot verlaging van de gebruikelijke druk over te gaan. De praktijk volgt de wetenschap met enige vertraging, aldus JBZ. JBZ heeft er in dit verband op gewezen dat de discussie over de exacte hoogte van de tourniquetdruk die dan wel zou moeten worden gehanteerd, nog niet was uitgekristalliseerd.

4.5.13. Het hof stelt dienaangaande vast dat in het rapport van Booij van 14 augustus 1999 op blz. 7 is gemeld dat de incidentie van tourniquetparalyse ongeveer 1:7000-10.000 is, vooral de armen betreft maar ook voor de benen beschreven is. In het als prod. 8 bij de memorie van grieven overlegde tijdschriftartikel uit 2006 staat op blz. 953 hierover onder meer het volgende:

"Significant and persistent neurologic dysfunction is a rare complication of tourniquet application. Previous studies have estimated the overall frequency to range from 0.01 %-0,13 %."

Dit duidt erop dat het optreden van permanente zenuw schade door het gebruik van tourniquets in het algemeen niet vaak voorkomt. Dat laat echter onverlet dat het wel voorkomt. Booij heeft dit ook bevestigd. Tevens staat vast dat de kans op zenuw schade toeneemt, naarmate de toegepaste druk hoger is. Booij heeft dit op meerdere plaatsen in zijn rapporten en brieven bevestigd. Dat de kans op het optreden van ernstig blijvend zenuwletsel door het gebruik van een tourniquet relatief gering is, doet er dus niet aan af dat die kans bestaat en groter

wordt indien een onnodig hoge druk wordt toegepast. Het hanteren van een onnodig hoge druk geeft dus een verhoogd risico voor de patiënt.

4.5.14. Bij de beantwoording van de vraag of om die reden van het gebruik van de hoge druk had moeten worden afgezien, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Het gaat dus niet alleen om de grootte van de kans dat door het hanteren van de hoge druk schade kan ontstaan, maar ook om de ernst van de gevolgen die aan die schade verbonden kan zijn en om de mate van bezwaarlijkheid van te treffen veiligheidsmaatregelen. Het treffen van voorzorgsmaatregelen mag eerder worden gevegd indien daaraan geen of slechts geringe bezwaren verbonden zijn en indien mogelijke schade ernstig kan zijn. Dit kan meebrengen dat ook indien de kans op schade gering is, toch maatregelen moeten worden getroffen om die kans op schade zo beperkt mogelijk te houden.

In het onderhavige geval heeft JBZ niet voldoende gemotiveerd betwist dat het treffen van een voorzorgsmaatregel ter beperking van de kans op schade, namelijk het verlagen van de voorheen gebruikelijke druk van 450 mm Hg tot een druk in de orde van grootte van de in de literatuur genoemde drukken, niet bezwaarlijk was en eenvoudig, bijvoorbeeld kort na het verschijnen van de achtste editie van Campbell's Operative Orthopaedics in 1992, had kunnen worden gerealiseerd. Het hof komt bij afweging van de feiten van het onderhavige geval, waaronder de ernstige gevolgen die zenuwschade kan hebben, tot de slotsom dat een redelijke bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg in 1997 bij de operatie van X niet bij de bloedleegteband een druk van 450 mm Hg had mogen toepassen.

4.5.15. De slotsom van het voorgaande is dat de grieven terecht zijn voorgedragen. Naar het oordeel van het hof is sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst en is JBZ op grond van artikel 7:462 BW gehouden de schade die X door die tekortkoming heeft geleden, te vergoeden. Het hof acht geen termen aanwezig om op dit onderdeel nog bewijslevering te laten plaatsvinden. JBZ heeft weliswaar in algemene bewoordingen bewijs aangeboden, maar geen concrete feiten of omstandigheden gesteld die het hof ten aanzien van het oordeel over de tekortkoming tot een ander oordeel zouden kunnen brengen.

4.6. Nu de grieven doel hebben getroffen en dit tot toewijzing van de vordering van X zou kunnen leiden, dient het hof nog te onderzoeken of de rechtbank het beroep van JBZ op verjaring terecht heeft verworpen. Het hof beantwoordt die vraag bevestigend en verwijst daartoe naar hetgeen de rechtbank in r.o. 4.5 van haar tussenvonnis van 19 juli 2006 heeft overwogen. Het hof onderschrijft die overweging.

4.7.1. Tevens dient het hof in te gaan op het door de rechtbank onbehandeld gelaten verweer van JBZ dat geen causaal verband aanwezig is tussen het aan dr. Y verweten handelen (het hanteren van een druk van 450 mm Hg) en het bij X ontstane letsel (de laesie van de nervus femoralis van haar rechterbovenbeen). Volgens JBZ staat niet vast dat indien bij de operatie een lagere druk zou zijn gebruikt, geen zenuwletsel zou zijn opgetreden. 4.7.2. De vraag of het zenuwletsel ook zou zijn ontstaan indien de bloedleegteband niet tot een druk van 450 mm Hg maar slechts tot een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn opgepompt, kan – zo begrijpt het hof uit de stellingen van partijen – niet met absolute zekerheid worden beantwoord. Partijen beroepen zich dienaangaande slechts op waarschijnlijkheden, waarbij het volgende van belang is. Volgens de deskundige Booijs is de kans op compressieschade van de zenuwen groter naarmate de gebruikte druk hoger is (blz. 7 rapport 14 augustus 1999 en brief van 1-11-2006). Bij lagere drukken van omstreeks 250 mm Hg treden volgens Booijs minder complicaties op (brief 14 november 2006).

4.7.3. Volgens X moet eventuele onzekerheid over de vraag of haar zenuwletsel ook zou zijn ontstaan indien een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn toegepast, op grond van de in de rechtspraak ontwikkelde omkeringsregel voor rekening van JBZ blijven. Het hof volgt X daarin. Op grond van de beschikbare medische gegevens, waaronder de rapporten en brieven van de deskundige Booijs, concludeert het hof dat in 1997 blijkens de medische vakliteratuur sprake was van een norm volgens welke bij de toepassing van bloedleegtebanden geen aanzienlijk hogere druk dan noodzakelijk behoorde te worden gehanteerd. Deze norm was mede gebaseerd op het gegeven dat naarmate de druk hoger is, de kans op zenuwletsel toeneemt. Naar het oordeel van het hof moet worden geoordeeld dat deze norm ertoe strekt bepaalde specifieke gevaren, waaronder in elk geval het gevaar van compressieschade aan de zenuwen, zoveel mogelijk te voorkomen. In het onderhavige geval is die (veiligheids)norm door het gebruik van een druk van 450 mm Hg overtreden waardoor een verhoogd risico voor zenuwletsel in het leven is geroepen en heeft dit specifieke gevaar (zenuwletsel) zich gerealiseerd. Daarmee is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel (vgl. HR 19-12-2008, LJN: BG1890). Op grond van die regel moet worden aangenomen dat sprake is van causaal verband tussen het hanteren van de bovenmatige druk van 450 mm Hg en het ontstaan van de zenuwlaesie (en moet dus worden aangenomen dat de laesie niet zou zijn ontstaan indien een geadviseerde druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd), tenzij JBZ bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de zenuwlaesie ook zou zijn ontstaan indien slechts een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd.

4.7.4. Dit laatste heeft JBZ, hoewel zij alle gelegenheid heeft gehad om zich daarover gemotiveerd uit te laten, geenszins aannemelijk gemaakt.

Het hof stelt dienaangaande voorop dat JBZ haar stellingen over andere mogelijke oorzaken onvoldoende heeft onderbouwd, zeker in het licht van het gegeven:

dat neuroloog Z heeft geconcludeerd dat de zenuwlaesie waarschijnlijk een gevolg is van drukneuropathie door de bloedleegteband tijdens de operatie;

dat dr. Y heeft geschreven dat de drukneuropathie van de zenuw is opgetreden door de druk van de bloedleegteband;

dat de deskundige Booij heeft geschreven dat het zenuwletsel met grote waarschijnlijkheid door het gebruik van de bloedleegteband en de daardoor uitgeoefende druk is veroorzaakt.

Tegenover deze medische opinies, die er alle op duiden dat de zenuwlaesie door het gebruik van de bloedleegteband is veroorzaakt, heeft JBZ geen enkele onderbouwing gegeven voor haar stelling dat tractie aan de zenuw bij gelegenheid van de operatie een rol heeft gespeeld.

In het licht van de genoemde gegevens acht het hof ook de stelling van JBZ dat postoperatieve medicatie een rol kan hebben gespeeld, onvoldoende onderbouwd.

4.7.5. Voor wat betreft de invloed van de hoogte van de gehanteerde druk heeft JBZ bovenaan blz. 27 van haar memorie van antwoord nog gewezen op een onderzoek uit 2006 (prod. 8 bij die memorie) waaruit bij een inventarisatie van 1166 knieoperaties met bloedleegte van 300 mm Hg bleek dat zich in 7,7 % van de gevallen neurologische complicaties hebben voorgedaan. Kennelijk wil zij daarmee betogen dat ook bij minder hoge tourniquetdrukken substantiële kans op zenuwschade bestaat. Uit het gestelde bovenaan de eerste bladzijde van dat artikel blijkt echter dat bij de betreffende 1166 operaties tourniquettijden van meer dan 120 minuten zijn gehanteerd, terwijl dit in het geval van X slechts één uur was en een langere duur volgens de literatuur de kans op complicaties aanzienlijk doet toenemen. Met dit artikel is dus geenszins aannemelijk gemaakt dat bij X ook een zenuwlaesie zou zijn ontstaan indien bij haar knieoperatie een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd.

4.7.6. Ook overigens heeft JBZ geen enkel overtuigend argument genoemd op grond waarvan kan worden aangenomen dat bij X ook een zenuwlaesie zou zijn ontstaan indien een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd. De verwijzing naar de uitlating van Booij dat zich ook al na korte tourniquettijd (10-20 min) en bij lagere drukken complicaties aan zenuwen hebben voorgedaan, kan niet als zodanig gelden. Uit deze door X gemotiveerd bestreden uitlating van Booij is, gelet op de zeldzaamheid van dit soort zenuwcomplicaties als gevolg van tourniquetgebruik, geenszins af te leiden dat bij een lage druk de zenuwlaesie bij X ook zou zijn opgetreden.

4.7.7. Naar aanleiding van de stelling dat ook de constitutie van de patiënt een rol kan spelen, merkt het hof tot slot op dat JBZ geen enkele bijzonderheid ten aanzien van de constitutie van X heeft vermeld waaruit afgeleid kan worden dat bij haar ook bij gebruik van een druk van 250 mm Hg een zenuwlaesie zou zijn opgetreden. Kennelijk is, zo begrijp het hof uit de stellingen van JBZ, het noemen van een dergelijke bijzonderheid naar de huidige stand van de wetenschap ook niet mogelijk, aangezien nog onvoldoende bekend is over de bijkomende factoren die de kans op het ontstaan van zenuwlaesies kunnen beïnvloeden.

4.7.8. Het hof concludeert op grond van het bovenstaande dat JBZ niet aannemelijk heeft gemaakt dat de zenuwlaesie in het rechterbovenbeen van X ook zou zijn ontstaan indien tijdens de operatie bij de bloedleegteband slechts een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd.

4.7.9. Het hof acht, ondanks het in algemene termen geformuleerde bewijsaanbod van JBZ, geen termen aanwezig om JBZ nog tot de levering van nader tegenbewijs toe te laten. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat JBZ ter staving van haar stellingen reeds allerlei bewijsmiddelen, in de vorm van tijdschriftartikelen en opinies van deskundigen, in het geding heeft gebracht en niet heeft aangegeven wat zij daar nog voor relevanten aan zou kunnen toevoegen. Dit klemmt te meer nu JBZ heeft gesteld dat naar de huidige stand van de medische wetenschap nog veel onduidelijk is omtrent het ontstaan van zenuwletsel als gevolg van het gebruik van een tourniquet. JBZ heeft daarmee in feite aangegeven dat zij niet tot de levering van nader tegenbewijs in staat is.

4.7.10. Het hof erkent dat de levering van tegenbewijs in beginsel open staat en dat een aanbod tot de levering van tegenbewijs niet gespecificeerd behoeft te worden. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep geldt echter tevens dat pas voor toelating tot (nadere) bewijslevering, waaronder tegenbewijs, plaats is wanneer de door de wederpartij gestelde feiten mede in het licht van de omstandigheden van het geval voldoende gemotiveerd zijn betwist (vgl. HR 16-1-2009, LJN: BG3582 en HR 14-11-2003, NJ 2005, 269). In het onderhavige geval is van een voldoende gemotiveerde betwisting van het causaal verband geen sprake. JBZ heeft onvoldoende gesteld omtrent eventuele alternatieve oorzaken voor het zenuwletsel van X, zeker in het licht van de medische opinies zoals in dit geding naar voren gekomen, waaronder het rapport van Booij waaraan JBZ in deze procedure veel waarde heeft toegekend.

4.7.11. Het hof concludeert op grond van het voorgaande dat er van moet worden uitgegaan dat de zenuwlaesie van X is veroorzaakt doordat bij de operatie van 1 mei 1997 niet een druk van omstreeks 250 mm Hg maar een druk van 450 mm Hg is gehanteerd.

4.8.1. Dat X door de zenuwlaesie schade heeft geleden en nog lijdt, is door JBZ niet betwist. De primaire vordering van X tot veroordeling van JBZ tot schadevergoeding op te maken bij staat zal daarom worden toegewezen. Het beroepen vonnis, waarin deze vordering is afgewezen, zal in zoverre worden vernietigd.

4.8.2. Nu de primaire vordering van X toegewezen wordt, behoeven haar subsidiaire en meer subsidiaire vordering geen bespreking meer.

4.8.3. Het hof zal het beroepen vonnis ook vernietigen voor zover X bij dat vonnis in de kosten van het geding in eerste aanleg aan de zijde van JBZ is veroordeeld. Het hof zal, opnieuw rechtdoende, JBZ in de kosten van het geding in eerste aanleg aan de zijde van X veroordelen. Het hof gaat er vanuit dat van de door de rechtbank ten laste van X uitgesproken kostenveroordeling ten bedrage van € 2.504,- de helft betrekking had op de kosten van dr. Y en de helft op de kosten van JBZ.

De kostenveroordeling ten gunste van dr. Y (welke dus geacht moet worden € 1.252,- te belopen) moet in stand blijven aangezien hij niet in het onderhavige beroep is betrokken. Een en ander voert tot de in het dictum van dit arrest te melden beslissing.

4.8.4. Het hof zal JBZ als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het hoger beroep.

4.8.5. Het hof zal dit arrest, zoals door X in haar appel-dagvaarding gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Over wettelijke rente over de schadeposten kan in de schadestaatprocedure worden geoordeeld, zodat het hof de daarop betrekking hebbende vordering thans niet toewijst.

5. De uitspraak

Het hof: (enz, red.)

| 113 | Noot:

De omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid

Inleiding

Van oudsher geldt bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen voor de vestiging van de aansprakelijkheid de omkeringsregel. Op basis daarvan kan een benadeelde wat betreft het causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*) volstaan met het bewijs dat het handelen van de aangesprokene de kans op het ontstaan van ongevallen heeft verhoogd en deze kans zich in de vorm van een ongeval heeft verwezenlijkt.¹ Voor de

schending van “gewone” zorgvuldigheidsnormen werd deze bijzondere regel van stelplicht en bewijslastverdeling niet aangenomen², totdat de Hoge Raad in 1996 de omkeringsregel ook van toepassing oordeelde in een procedure tegen een notaris die een beroepsfout had gemaakt waardoor een risico op schade was ontstaan.³ Dit riep de vraag op of de omkeringsregel ook zou kunnen worden toegepast bij schending van algemene zorgvuldigheidsnormen door andere beroepsbeoefenaren, zoals artsen.⁴

Over die vraag moest de Hoge Raad oordelen in het arrest HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 (Seresta). Het arrest had betrekking op een keelkankerpatiënt die al meer dan twintig uur sliep na het innemen van een tweetal slaaptabletten. Na te zijn gewaarschuwd door zijn echtgenote, werd de patiënt omstreeks middernacht door een waarnemend huisarts onderzocht. Die ging ervan uit dat de patiënt binnen twee uur zou ontwaken; hij sprak met de echtgenote van de patiënt af dat zij contact zou opnemen als zijn toestand verslechterde. De echtgenote is daarop gaan slapen. 's Ochtends bleek haar man te zijn overleden. Er vond geen obductie plaats, zodat de precieze doodsoorzaak nooit duidelijk is geworden. Nadat de medische tuchtrechter had geoordeeld dat de waarnemend huisarts onjuist had geoordeeld door de patiënt niet te laten opnemen, startten de nabestaanden een civiele procedure tot schadevergoeding. Zowel de rechtbank als het hof pasten de omkeringsregel toe. De Hoge Raad oordeelde anders:

Indien een arts een beroepsfout wordt verweten, zal in vele gevallen als norm die de arts zou hebben geschonden, slechts kunnen worden aangewezen de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen [...]. Dit brengt mee dat met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout tot een bepaalde schade voor de patiënt heeft geleid [...] in die gevallen geen plaats meer zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel.

In de literatuur werd hieruit wel de conclusie getrokken dat bij medische aansprakelijkheid voor de omkeringsregel uitsluitend een rol was weggelegd, als sprake was van schending van een veiligheidsnorm zoals een protocol.⁵ Daarbij werd dan gewezen op onder meer de *informed-consent* arresten⁶, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de omkeringsregel niet van toepassing is op het causaal verband tussen een schending van de informatieplicht en de gevolgen van een medische behandeling. Een andere uitleg die wel aan het Seresta-arrest werd ge-

¹ Zie bijvoorbeeld HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 (Windmill/Roelofs).

² Zie bijvoorbeeld HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Vader Versluis).

³ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II).

⁴ De toepassing van de omkeringsregel bij schending van door medici in acht te nemen veiligheidsnormen heeft nooit ter discussie gestaan, zie onder meer: HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver) en HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Protocol-arrest).

⁵ Zie bijvoorbeeld E. Lantinga, Geen omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid, PIV-Bulletin 2004, nr. 4.

⁶ HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387.

geven, was dat de Hoge Raad de omkeringsregel niet had willen toepassen omdat onduidelijk was of het door de arts geschapen risico zich wel had verwezenlijkt; er had immers geen obductie plaatsgevonden. Dit was ook het argument op basis waarvan het gerechtshof eerder de toepassing van de omkeringsregel had afgewezen. In de recente jurisprudentie op het gebied van de omkeringsregel zijn beide opvattingen onjuist gebleken.

De strekking van de geschonden norm

Een eerste arrest waarop in dit verband kan worden gewezen, is dat van de Hoge Raad van 7 december 2007.⁷ Deze uitspraak betrof een hoogzwangere vrouw die om 22:00 uur werd opgenomen in het ziekenhuis om te bevallen. Na ongeveer drie kwartier werd gestart met de CTG-registratie. De verpleegkundige vond dat het CTG een afwijkend beeld vertoonde en waarschuwde de dienstdoende gynaecoloog. Deze achtte het CTG niet abnormaal. Om 2:30 uur braken de vliezen; het vruchtwater bevatte volgens het medisch dossier dik meconium (eerste ontlasting). Er was op dat moment nog geen volledige ontsluiting. Om 7:00 uur droeg de gynaecoloog zijn dienst over aan een collega die omstreeks 7:45 uur een vacuümextractie verrichtte. Die mislukte, waarop met spoed een keizersnede moest worden uitgevoerd. Na de geboorte bleek het kind ernstig lichamelijk en geestelijk gehandicapt als gevolg van perinatale asfyxie (zuurstoftekort). Een door de verzekeraar van het ziekenhuis benoemde deskundige concludeerde dat de CTG-afwijkingen vroeg in de ontsluitingsfase aanleiding hadden moeten vormen voor een keizersnede. In zijn rapport schreef hij:

De ernstige CTG-afwijkingen vanaf vroeg in de ontsluitingsfase [...] in combinatie met dik meconium, zijn zo sterke aanwijzingen voor ernstige intra-uteriene asfyxie dat reeds vroeg in de ontsluitingsfase beëindiging van de baring d.m.v. een sectio caesarea aangewezen was.

De rechtbank en het hof kwamen beide tot het oordeel dat de eerste gynaecoloog een verwijtbare fout had gemaakt; wat betreft het causaal verband wezen deze rechtscollages echter de toepassing van de omkeringsregel af. In hun ogen was slechts sprake van schending van de in art. 7:453 neergelegde algemene norm en niet een norm die bescherming beoogde te bieden tegen een specifiek gevaar. De Hoge Raad oordeelde anders. Uit de afgelegde deskundigenberichten kwam volgens ons hoogste rechtscollege naar voren dat de geschonden norm wel

degelijk ertoe strekte zoveel mogelijk te voorkomen dat het ongeborn kind als gevolg van zuurstofgebrek hersenschade zou oplopen.

Het zojuist besproken arrest van de Hoge Raad en ook de onderhavige uitspraak van het gerechtshof te Den Bosch illustreren dat op het gebied van de medische aansprakelijkheid – ook buiten de gevallen waarin sprake is van schending van een ‘echte’ veiligheidsnorm zoals een protocol – ruimte bestaat voor toepassing van de omkeringsregel. Een voorwaarde is dan wel, dat is voldaan aan het specificiteitsvereiste. Deze door Akkermans⁸ in het leven geroepen voorwaarde voor toepassing van de omkeringsregel werd door de Hoge Raad voor het eerst toegepast zogenaamde november-arresten.⁹ Hierin beperkte de Hoge Raad het toepassingsbereik van de omkeringsregel tot gevallen waarin vaststaat dat sprake is van schending van een norm die ertoe strekt een *specifiek* gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen, welk gevaar door de normschending in aanmerkelijke mate is vergroot.

Wat specifiek en typisch genoeg is voor toepassing van de omkeringsregel, laat zich niet gemakkelijk in algemene termen formuleren. Het nauwste verband tussen norm en risico bestaat wanneer men kan zeggen dat de norm in kwestie bestaat *omdat* het betreffende risico op de loer ligt; de norm is met andere woorden opgesteld vanwege een bepaald van tevoren onderkend gevaar of risico.¹⁰ Aldus opgevat, verschilt het specificiteitsvereiste niet wezenlijk van de eis dat sprake moet zijn van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm (zoals bekend een norm die naar zijn aard strekt ter voorkoming van ongevallen en daaruit voortvloeiende letsel). Zo beperkt moet het specificiteitsvereiste echter niet worden uitgelegd. Ook in gevallen waarin de bestaansreden van de norm van algemenere aard is, kan toepassing van de omkeringsregel volgens Akkermans gerechtvaardigd zijn. Hij wijst in dat verband op gevallen waarin kan worden gezegd dat de norm *in het concrete geval* primair de strekking had om tegen het verwezenlijkte risico te beschermen.¹¹ Het zojuist besproken arrest van de Hoge Raad van 7 december 2007 biedt daarvan een voorbeeld. De daarin geschonden norm (het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder omstandigheden meest geïndiceerde ingreep) heeft een ruime strekking. In het betreffende geval kan echter met recht worden betoogd dat de norm primair strekte ter bescherming tegen het soort risico dat zich hier had verwezenlijkt. Het enige doel van de CTG-registratie was immers het controleren van de conditie van het kind in de baarmoeder. In zijn conclusie bij het arrest merkte Spier op dat ‘met enig knutselwerk en

⁷ HR 7 december 2007, LJN: BB3670; het arrest wordt onder meer besproken door A.H. Blok, *Opnieuw onzeker causaal verband en omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid* – HR 7 december 2007, LJN: BB3670, PIV-Bulletin 2008, nr. 2.

⁸ Zie A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband*, Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 139 e.v.

⁹ HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 en 305.

¹⁰ Akkermans, t.a.p., p. 136.

¹¹ Akkermans, t.a.p., p. 136 e.v.

creativiteit' altijd wel een specifieke norm valt te construeren. Dat lijkt wat overdreven. Feit is wel dat er doorgaans een zekere rek zit in de wijze waarop men de strekking van een norm onder woorden kan brengen. Het verdient aanbeveling daarbij zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de feiten en omstandigheden van het concrete geval.

De verwezenlijking van het risico

Een onbeantwoorde vraag is of de benadeelde, nadat hij heeft aangetoond dat zijn wederpartij een norm heeft geschonden die ertoe strekte een *specifiek* gevaar voorkomen, voor toepassing van de omkeringsregel tevens aannemelijk dient te maken dat zijn schade is ontstaan door de verwezenlijking van het risico waartegen de geschonden norm beoogde te beschermen. Recent moest de Rechtbank Dordrecht oordelen over (onder meer) deze vraag.¹² De zaak betrof een driejarig meisje, genaamd Simone, die wegens een verhoogde liquoordruk werd behandeld in (onder meer) het Albert Schweitzer ziekenhuis te Dordrecht. In de nacht van 14 op 15 december 1999 verslechterde haar klinische toestand als gevolg van (naar de mening van de behandelend artsen) een epileptische aanval. In de ochtend van 15 december werd een infuus met dormicum (slaapmiddel) ingebracht, waarop respiratoire insufficiëntie ontstond. Simone werd vervolgens met spoed naar het Sophia ziekenhuis te Rotterdam gebracht, waar zij korte tijd later overleed. Naar de mening van een tweetal door de rechtbank benoemde deskundigen hebben de artsen de klinische toestand van Simone in de nacht van 14 op 15 december verkeerd ingeschat. Op basis van de voorhanden gegevens hadden zij nader diagnostisch onderzoek moeten uitvoeren. Wat de causaliteitsvraag betreft, verklaarden de deskundigen dat onmogelijk is vast te stellen of Simone had kunnen worden gered als zij op de avond van 14 december direct zou zijn overgeplaatst naar het Sophia ziekenhuis. Denkbaar is dat zij in die situatie ook zou zijn overleden, maar dat konden de deskundigen niet met zekerheid vaststellen omdat geen obductie was verricht. De rechtbank oordeelde op basis hiervan als volgt:

Indien de voormelde zienswijze van de deskundigen juist is en vast komt te staan dat niet de zorgvuldigheid is betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts mocht worden verwacht toen Simone op 14 december 1999 direct na 21.30 uur niet werd teruggeplaatst naar het Sophia Kinderziekenhuis, leidt dat niet zonder meer tot aansprakelijkheid van de Stichting, of één of meer van de aan de zijde van de Stichting betrokken artsen, voor het overlijden van Simone en de schade die [eisers] daardoor lijden. Die aansprakelijkheid bestaat slechts wanneer komt vast te staan dat Simone door dat nalaten is overle-

den. Dit betekent dat vastgesteld zal moeten worden dat Simone niet zou zijn overleden indien zij op 14 december 1999 direct na 21.30 uur zou zijn teruggeplaatst naar het Sophia Kinderziekenhuis.

Doordat geen obductie was verricht, konden de nabestaanden dit bewijs niet leveren en wees de rechtbank hun vordering af. Een vergelijking met het Seresta-arrest dringt zich op: ook daarin had geen obductie plaatsgevonden, zodat onduidelijk was of het door de medische fout geschapen risico zich al dan niet had verwezenlijkt. Uit de bewoordingen van de Hoge Raad in dat arrest blijkt echter niet dat het ontbreken van een obductie van belang is geweest voor de beslissing om af te zien van toepassing van de omkeringsregel.

Steun voor de gedachte dat het achterwege blijven van een obductie evenmin een doorslaggevende rol heeft gespeeld in de overwegingen van de Rechtbank Dordrecht, is te vinden in een recent arrest van de Hoge Raad over de toepassing van de omkeringsregel bij schending van een zorgplicht door de gemeente als wegbeheerder. De eisende partij in deze zaak was een fietser die ten val was gekomen over een circa vijf centimeter hoge richel in het wegdek die was ontstaan door wegwerkzaamheden. Hij had daardoor ernstig hersenletsel opgelopen. De rechtbank oordeelde dat de weg door de aanwezigheid van de richel niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen en paste vervolgens de omkeringsregel toe. Het hof daarentegen kende gewicht toe aan het feit dat de toedracht van het ongeval niet vaststond, waardoor niet duidelijk was of het door de aanwezigheid van de richel geschapen risico zich hier wel had verwezenlijkt. De Hoge Raad vernietigde het arrest en oordeelde – kort samengevat – dat degene die zich beroept op de omkeringsregel over de toedracht van het ongeval feiten moet stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit volgt dat een bepaald, uit de geschonden norm voortvloeiend gevaar zich heeft verwezenlijkt, zonder dat nodig is dat ook de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk wordt gemaakt. Dat is nu juist de onzekerheid waartegen de omkeringsregel beschermt, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad lijkt hier een algemene regel te geven voor de wijze waarop de omkeringsregel moet worden gehanteerd. Met deze regel in het achterhoofd is niet waarschijnlijk dat onzekerheid over de doodsoorzaak in het Seresta-arrest bepalend is geweest bij de beslissing van de Hoge Raad om de omkeringsregel niet toe te passen. Datzelfde geldt voor de zojuist besproken beslissing van de Rechtbank Dordrecht. Aannemelijker is dat in beide gevallen niet was voldaan aan het specificiteitsvereiste. Onvoldoende duidelijk was, met andere woorden, dat de geschonden norm was opgesteld *vanwege* het risico dat zich in deze specifieke gevallen had verwezenlijkt.

¹² Rb. Dordrecht 23 april 2008, LJN: BD0513.

Het arrest van het Hof Den Bosch van 10 maart 2009 past in de hiervoor geschetste lijn. Het Hof volgt daarin – met een expliciete verwijzing naar het zojuist besproken arrest over de aansprakelijkheid van de wegbeheerder – de stelling van de benadeelde dat eventuele onzekerheid over de oorzaak van haar zenuwletsel op grond van de omkeringsregel voor rekening van het ziekenhuis dient te blijven.

Het door de wederpartij te leveren tegenbewijs

Het Hof Den Bosch maakt *en passant* duidelijk welke eisen na de toepassing van de omkeringsregel mogen worden gesteld aan het door de gedaagde te leveren tegenbewijs. Een aantal auteurs begreep de omkeringsregel namelijk aldus, dat van de gedaagde volledig tegendeelbewijs werd verlangd; hij zou, in andere woorden, met een zeer grote mate van zekerheid moeten aantonen dat geen sprake was van een *condicio sine qua non* verband tussen zijn gedraging en de schade.¹³ Een consequentie van deze opvatting is dat voor de gevallen waarvoor de omkeringsregel geldt, geen ruimte bestaat voor een proportionele aansprakelijkheid. Anderen betoogden dat in deze situatie van de gedaagde geen tegendeelbewijs, maar ‘gewoon’ tegenbewijs werd verlangd.¹⁴ In dat geval hoeft de gedaagde niet meer te doen dan een bepaald vermoeden of de aannemelijkheid van een bepaald feit te ontcrachten; hij moet, in andere woorden, laten zien dat er een reële kans is dat een *condicio sine qua non* verband ontbreekt. Wanneer dit ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ wordt geleverd, kan dat aanleiding zijn om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen.¹⁵ Nadat de Hoge Raad eerder op het gebied van de beroepsziekten de mogelijkheid van ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ – en een daaruit resulterende proportionele aansprakelijkheid – had geopend¹⁶, deed het Hof Den Bosch met de onderhavige zaak op het gebied van de medische aansprakelijkheid hetzelfde.¹⁷ Het Hof overwoog namelijk:

Op grond van die regel [de omkeringsregel, ajv] moet worden aangenomen dat sprake is van causaal verband tussen het hanteren van de bovenmatige druk van 450 mm Hg en het ontstaan van de zenuwlaesie [...], tenzij JBZ bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat

de zenuwlaesie ook zou zijn ontstaan indien slechts een druk van omstreeks 250 mm Hg zou zijn gehanteerd.

Uit de jurisprudentie op het gebied van beroepsziekten valt af te leiden dat het ontcrachten van het op grond van de omkeringsregel aangenomen causale verband meer inhoudt dan het aanwijzen van andere mogelijke oorzaken van de schade.¹⁸ Het Hof Den Haag overwoog bijvoorbeeld ten aanzien van het door een werkgever in een RSI-zaak geleverde tegenbewijs als volgt¹⁹:

De werkgever heeft in algemene bewoordingen gesteld dat er nog veel onduidelijkheid is over het fenomeen RSI en over de mogelijke risicofactoren van RSI. De werkgever heeft echter niet gesteld dat er concrete op de werknemer toegesneden aanwijzingen zijn voor een andere diagnose dan RSI. Nu uit alle vier medische rapporten de diagnose RSI volgt en er geen aanwijzingen zijn voor een andere diagnose, acht het hof de diagnose RSI door [de werkgever] onvoldoende gemotiveerd bestreden. Aan bewijslevering op dit punt komt het hof niet toe.

Het is geruststellend om te zien dat het Hof Den Bosch in de onderhavige zaak de lat ongeveer even hoog legt als het gaat om de eisen die mogen worden gesteld aan het door de gedaagde te leveren tegenbewijs. Het Jeroen Bosch ziekenhuis, de gedaagde in deze zaak, had als tegenbewijs onder meer aangevoerd dat ook de constitutie van de patiënt mogelijk van invloed was geweest op het ontstaan van het zenuwletsel. Het hof wees die stelling van de hand met de overweging dat het ziekenhuis geen enkele bijzonderheid ten aanzien van de constitutie van de patiënt had vermeld waaruit kon worden afgeleid dat ook bij gebruik van een druk van 250 mm Hg bij haar een zenuwlaesie zou zijn opgetreden.

Andere mogelijke oorzaken zijn derhalve slechts relevant, als zij concrete en op patiënt in kwestie toegesneden aanwijzingen bevatten voor andere dan een iatrogene oorzaak voor de klachten. Het is daarbij goed in het oog te houden dat het tegenbewijs strenger zal worden beoordeeld, naarmate het door de patiënt zelf geleverde (causaliteits)bewijs sterker is. Bewijs en tegenbewijs zijn immers communicerende vaten.²⁰

A.J. Van

¹³ Zie bijvoorbeeld I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, p. 116-117 en C.J.H. Brunner, noot bij 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (Sint Willibrord).

¹⁴ Zie bijvoorbeeld R.J.B. Boonekamp, *Kroniek bewijsrecht*, TCR 2001, p. 44-45 en C.E. Drion, *Naar Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht?*, NJB 2000, p. 1959.

¹⁵ Zie Akkermans, t.a.p., p. 153.

¹⁶ Zie HR 31 maart 2006, LJN: AU6092 (Nefalit/Karamus).

¹⁷ Zie voor een bevestiging van deze uitspraak ook Hof Den Haag 28 april 2009, LJN: BI4768, r.o. 9 en 10.

¹⁸ Zie in dit verband ook L.E.M. Charlier, *Het bewijs in beroepsziekten (II)*, L&S 2008, nr. 3, p. 21.

¹⁹ Hof Den Haag 7 september 2007, LJN: BB5063; in dezelfde zin: Ktr. Terneuzen 29 september 2004, JAR 2004, 270. Een geval waarin de gedaagde er wel in slaagde tegenbewijs te leveren, biedt Ktr. Heerlen 19 april 2006, JAR 2006, 118.

²⁰ Zie A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband*, oratie Amsterdam 2001, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2002, p. 149 e.v.